

「訴えの主観的予備的併合と同時審判の申出のある共同訴訟に関する一考察 (3)」

中京大学法科大学院法務研究科生

井 上 大 典

- 一 訴えの主観的予備的併合
 - 1 訴えの主観的予備的併合とは
 - 2 判例の動向
 - 3 学説の概観
 - 4 訴えの主観的予備的併合の許否の検討 (以上 CHUKYO LAWYER 第7号掲載)
- 二 同時審判の申出のある共同訴訟
 - 1 沿革
 - 2 同時審判の申出のある共同訴訟とは
 - 3 同時審判の申出のある共同訴訟の解釈上の問題点 (以上前号)
- 三 同時審判の申出のある共同訴訟と訴えの主観的予備的併合との異同
 - 1 新法のもとにおける訴えの主観的予備的併合の必要性
 - 2 学説の検討と私見
 - 3 まとめ

三 同時審判の申出のある共同訴訟と訴えの主観的予備的併合との異同

1 新法のもとにおける訴えの主観的予備的併合の必要性

さて、ここまで平成8年の民事訴訟法改正以前に解釈上の問題とされていた併合形態である訴えの主観的予備的併合についての議論と平成8年改正によって新たに設けられた同時審判の申出のある共同訴訟について述べてきたわけである。そこで、この章では平成8年改正によって同時審判の申出のある共同訴訟(41条)が規定された現在において、訴えの主観的予備的(あるいは順位的)併合という併合形態に独自の存在意義を認めるべきかというこの種の併合形態に関する最大のテーマについて若干の検討を加え、未熟な私見を述べたいと思う。

第二章の1で述べたように、同時審判の申出のある共同訴訟はそれまで解釈問題とされてきたいわゆる訴え

の主観的予備的併合についてこれを立法的に手当てしたものとされている。そして、第二章の2で述べたようにかつて主観的予備的併合の適否において否定説が指摘していたかかる併合形態の問題点について、これに一応何らかの形で対処していると認められるため、もはや主観的予備的（順位的）併合なる特殊な併合形態を認める必要はなくなったのではないかという見方がある一方、主観的予備的（順位的）併合と同時審判の申出のある共同訴訟の相違点に着目し、いまだ主観的予備的（順位的）併合に独自の存在意義があるとする見方もありうるところである。

新法における主観的予備的（順位的）併合の独自の存在意義を否定する見解は、前述したような新法制定の経緯、主観的予備的併合における予備的被告の地位の不安定、同時審判の申出のある共同訴訟によって原告の不都合はほとんど解消されていることを考慮して、従来主観的予備的併合として論じられてきた訴訟形態はすべて今後は同時審判の申出のある共同訴訟で処理すべきであるとする。⁽¹⁾

これに対して、新法のもとでも主観的予備的（順位的）併合に独自の存在意義があると説く見解は、同時審判の申出のある共同訴訟では2つの請求は単純併合となるところ、この場合の原告の主張は両立し得ない2つの請求を両方とも認容しろというものであって、矛盾主張が表面化することになる。不安定な地位に置かれてもやむを得ないような予備的被告も存在する。同時審判の申出のある共同訴訟は弁論・判決の分離の禁止以外に規定がないため、その他の規律は通常共同訴訟ということになるが、その結果、共同訴訟人独立の原則が働き、当事者の自白などによって原告の両負け、両勝ちが起こりうる。同時審判の申出のある共同訴訟では、共同訴訟人独立の原則から、一方の請求のみが上訴審に移審することがありえ、その結果統一判断が保障されなくなる。という理由から主観的予備的（順位的）併合の存在価値を説くのである。⁽²⁾

2 学説の検討および私見

同時審判の申出のある共同訴訟という制度が規定されている現行民事訴訟法のもとにおいて主観的予備的（順位的）併合の存在は認めるべき（以下存在肯定説という）か、それともその存在意義を否定すべき（以下存在否定説という）であろうか。同時審判の申出のある共同訴訟という制度ができた背景には、主観的予備的併合の有用性を認め、かかる有用な併合形態を立法化することで適法なものとしようとした経緯がある。このような41条の立法過程を見る限り、主観的予備的（順位的）併合は現行法の元では論じる余地のないものと解するのが一般的見解であり立法担当者の意思に則しているといえ、存在否定説が妥当するようにも思える。

しかし他方で、41条を見る限り、従来論じられてきた主観的予備的（順位的）併合の利点をこの制度が完全に網羅しているとははいえず、上記で述べた存在肯定説の から の批判が成り立つ可能性もある。そこで、存在肯定説の4つの論拠を検討してみると、まず、 についてであるが、主観的予備的併合あるいは主観的順位的併合の場合には同一手続内の原告による矛盾主張は各請求に順位が付されていることから回避されるが、同時審判の申出のある共同訴訟では、両請求が単純併合の形をとることになるため、原告の主張は矛盾したものとなる。したがって、この場合の原告は矛盾した2つの主張によって、両勝ちをもくろむということになり、かかる原告によって立てられた請求は不自然かつ原告にとってあまりに都合のよい請求ということになる。この点をとらえると同時審判の申出のある共同訴訟は、その制度自体に問題があるということになる。もっとも、これは訴状において原告の主張が矛盾するという表面上の事象をとらえているに過ぎない。すなわち、実質的な側面に目を向けると、原告が法律上両立し得ない関係にある2つの請求を同時審判の申出によって審理を求めた場合、原告としてはいずれかの請求で勝訴すればよいと考えているのであり、両勝ちを意図するもの

でないことは明らかなのであって、このことは裁判官も両被告にも暗黙の了解として審理され则认为られる。したがって、存在肯定説のいう原告による矛盾主張は、41条の立法趣旨に照らして問題にならないのであり、あまり価値のある議論とはいえないというべきであろう。⁽³⁾

次に であるが、これは存在否定説の予備的被告の地位の不安定に関する指摘に対する反論としてなされているものである。まず、常に両請求に判決がなされることを前提とする主観的順位の併合説を支持する私見によれば、存在否定説のいう予備的被告の地位の不安定の問題は解消済みであることから、かかる反論をする意味はないといってよい。主観的予備的併合説の立場からは上記のような反論もありうるが、不安定な地位に置かれてもやむを得ない予備的被告が存在するとしても、そのような予備的被告を積極的に不安定な地位に置かなければならないわけではないため、⁽⁴⁾このような論拠によって現行法における主観的予備的併合の存在意義を根拠付けることは困難であろう。

次に であるが、同時審判の申出のある共同訴訟では共同訴訟人独立の原則が働くため、当事者の自白や請求の認諾によっては、原告の両負けや両勝ちが生じうる。高橋教授によれば、(A) 被告の一方が自白した場合、原告は自白した被告に勝訴し、他方の被告には審理によって勝訴することで原告が両勝ちする。⁽⁵⁾(B) 両被告とも自白した場合、原告は両被告に勝訴する。(C) 原告が一方の被告に自白した場合、原告は自白することで一方の被告に敗訴し、他方の被告には審理によって敗訴する。というような場合が考えられるという。⁽⁶⁾

当事者の自白や請求の認諾は主観的予備的併合あるいは主観的順位の併合においても問題となるが、主観的予備的併合あるいは主観的順位の併合ではこれら当事者の自白や請求の認諾があった場合には民訴法40条の準用によって統一判断の保障がなされると説く見解（以下準用説という）がある一方、主観的予備的併合あるいは主観的順位の併合の場合であっても、40条の準用は無制限ではなく、当事者の自白や請求の認諾によって生じる原告の両負けや両勝ちが当事者の自由な意思に基づく処分によるものであるから、そのような場合についてまで統一判断を保障する必要はなく、40条の準用はないと解すべきとする見解（以下限定的準用説という）もある。⁽⁷⁾限定的準用説の立場に立てば、この問題に関して同時審判の申出のある共同訴訟と主観的予備的併合あるいは主観的順位の併合の間に結論の差異は生じないため、当事者の自白や請求の認諾による原告の両負けや両勝ちが生じるという存在肯定説の論拠は、主観的予備的（順位的）併合の存在意義を肯定する根拠にはなりえないことになる。他方、準用説に立てば、主観的予備的併合あるいは主観的順位の併合の場合には40条の準用により当事者の自白や請求の認諾があった場合にも、統一判断の保障が図られることとなり、この点が同時審判の申出のある共同訴訟とは異なってくるため、主観的予備的（順位的）併合の存在意義を肯定する根拠になりえることになる。

そこでこれらの見解につき私見を述べると、まず、準用説についてであるが、当該見解は当事者の自白や請求の認諾があった場合の統一判断の根拠として40条の準用をあげるが、この理屈によって統一判断が図られるのは上記 (A) および (C) の場合のみであると考えられる。すなわち、民法717条の場合を例にとると、原告、占有者、所有者の中で共同訴訟人の関係をどの二者の間に擬制していくかについては問題のあるところであるが、私見によれば、占有者と所有者は一方に損害賠償責任がある場合には他方にその責任がないという利害相反関係に立つため、占有者と所有者が共同関係にあると解することは無理であるから共同訴訟人とはなりえない。そして、占有者に責任が認められることで、原告は占有者との訴訟に勝訴できるという利益を受け、所有者は自己の責任を免れるため、対占有者の関係では原告と所有者の利害が一致することからこの両者の間に共同訴訟人の関係を擬制し、また、所有者に責任が認められれば、原告は所有者との訴訟に勝訴できるという利益を受け、占有者は自己の責任を免れるため、対所有者の関係では原告と占有者の利害が一致することからこ

の両者の間に共同訴訟人の関係を擬制して、共同訴訟人の関係を相対的にとらえるのが三者の利害関係に即しており妥当と解する。

このように解することを前提とすると、上記（A）の場合、仮に所有者が自白したとすると、対所有者との関係では原告と占有者が共同訴訟人類似の関係となり、所有者の原告に対する自白は占有者にとっては40条2項の「共同訴訟人の一人に対する相手方の行為」となるため、所有者の原告に対する自白の効力が占有者に対しても及び、その結果として占有者は原告に勝訴することになる。したがって、上記（A）の場合は40条2項準用によって、原告は一方の被告（所有者）に勝訴し、同時に他方の被告（占有者）に敗訴するため、「他方の被告には審理によって勝訴することで原告が両勝ちする」という事態は生じ得ず、統一判断がなされることとなる。

また、上記（C）の場合、仮に原告が占有者に自白したとすると、所有者は占有者の責任が認められれば自分は責任を免れるところ、原告の自白は占有者勝訴の可能性を濃厚せしめる行為であり、かかる行為は所有者にとって不利益な行為である。そして、対占有者との関係では原告と所有者は共同訴訟人類似の関係となり、原告の占有者に対する自白は40条1項の「（共同訴訟人の）全員の利益においてのみその効力を生ずる」に抵触するため、40条1項の準用により原告の自白はその効力を生じないということになる。したがって、上記（C）の場合のように、原告が一方の被告に自白したとしても、自白の効力は生じないから、「原告は自白することで一方の被告に敗訴し、他方の被告には審理によって敗訴する」という事態は生じ得ないことになり、統一判断がなされることになる。⁽⁸⁾

これに対して上記（B）の場合については、被告の自白は前述したように40条2項準用によって「共同訴訟人の一人に対する相手方の行為」として効力を生じるのであって、両方の被告が自白した場合には、両方の自白がともに効力を生じ、原告両勝ちの事態を生ぜしめる結果となる。したがって、準用説に立って40条を準用したとしても、（B）の場合の統一判断を導くことは理論上困難であり、この場合に統一判断を図るためには40条準用とは異なる別の理論構成を探らねばならないであろう。

私は両被告がともに自白した場合、両請求が法律上両立し得ないものである以上、どちらかの自白が真実に反していることになるのであるが、民法717条に関していえば、この規定は第一次的責任を占有者とし、二次的責任を所有者に負わせるという体裁をとっているのであるから、実体法上の規定の構造に裁判所を拘束させ、占有者、所有者がともに自白した場合には、裁判所は占有者の自白を認め、所有者の自白を無効として、主位的請求認容、予備的請求棄却の判決を下して統一判断を図ればよいと考える。問題となるのは、両請求が法律上両立し得ないが、民法717条のように実体法の規定上で両請求に順位が付されていないような場合である。たとえば、原告Xが被告Y1の代理人Y2との間で売買契約を締結したが、Y2に無権代理の疑いがあるという場合である。この場合、原告としてはY1を主位的被告として売買代金請求を行い、その請求がY2の無権代理行為を理由として棄却された場合に備えて、Y2に対して民法117条の無権代理人の責任を追及すべく、Y2を予備的被告とすることが考えられるが、この順位は特に実体法上規定されているものではないため、原告は主位的被告を無権代理人Y2としてもよいのであり、このような場合にY1、Y2ともに自白した場合にいかなる理論構成をとるべきかは難問である。

かかる場合に原告は各請求に順位を付けているとしても、この順位にどの程度の拘束力を認めるかは大いに問題であり、この場合の原告の付した順位を先ほどの民法717条で規定されている順位と同様に扱い、裁判所を拘束させることはできるかは疑問である。そこでむしろ、上記のような場合には、主観的予備的併合ないし主観的順位的併合が法律上併存し得ない択一関係にある2つの請求を矛盾なく処理する法的技法であるという

この併合形態の趣旨そのものから、統一判断の保障のために両被告の自白はともに効力を生じ得ないと解するのが妥当であろうと思われる。

次に限定的準用説の検討であるが、この見解によれば、自白や請求の認諾といった当事者の処分によって統一判断がなされないとしても、それは実質的に不当とはいえないとする。⁽⁹⁾確かに、処分権主義に重きを置けば、準用説による統一判断の貫徹よりもこちらの見解のほうが妥当であると思われる。しかし私は実体法上両立し得ない択一関係にある2つの請求が立てられている以上、統一判断の可能性をできる限り追求すべきであろうと考える。もし、処分権主義に重きを置くのであれば、請求の一方のみが上訴された場合に、40条を準用して上訴審での統一判断を図るというようなことはせずに、伊東教授のいうように主観的予備的併合は一審レベルにおいてのみ統一判断が保障されるという限りで意味のある制度であって、上訴審まで統一判断を保障するようなものではないという見解に立つほうが立場としては一貫していると思われる。⁽¹⁰⁾

また、独立当事者参加（三面訴訟）の事例ではあるが、最高裁昭和48年7月20日は⁽¹¹⁾、「本件は、訴訟の目的が原告、被告及び参加人の三者間において合一にのみ確定すべき場合であるから、一審判決中参加人の被告に対する請求を認容した部分は、原告のみの控訴によっても確定を遮断され、かつ、控訴審においては、被告の控訴または附帯控訴の有無にかかわらず、合一確定のため必要な限度で一審判決中前記部分を参加人に不利益に変更することができる」として実体法上の統一判断の必要性から、一審で参加人との間の訴訟に敗訴したにもかかわらず上訴していなかった被告に対して、一審の判決を変更して認容判決を下しているのである。私が思うに、請求の認諾や自白も控訴しないという不作為もどちらも自己の権利を処分する行為であって、処分権主義の観点からは同価値であると考えられる。したがって、上記最高裁の結論を支持することを前提とするならば、自白の場合には当事者の処分行為であるという理由で原告の両勝ち、両負けを認め、かたや当事者の一部が敗訴していながら控訴しなかった場合につき、統一判断が必要であるという理由で、全請求が上訴されたのと同様の効果を認めるというのでは立場が一貫しないのではなからうか。やはり、当事者の自白や請求の認諾があった場合には、統一判断の必要性からそれらの効力を否定するか、40条を準用するなどして統一判断を図っていくというのが妥当であり、上記最高裁判例の考え方にも沿う。⁽¹²⁾

以上の検討から存在肯定説の上記の論拠については、主観的予備的併合あるいは主観的順位的併合では、(A) および (C) の場合には40条の準用により、(B) の場合には民法717条が問題となるケースでは実体法の構造から裁判所が主位的請求認容、予備的請求棄却の判決を下すことにより、その他のケースでは主観的予備的併合あるいは主観的順位的併合という併合形態の趣旨から請求の認諾や自白の効力を否定することにより、それぞれ統一判断が図られるのに対し、同時審判の申出のある共同訴訟では、共同訴訟人独立の原則により上記 (A) ないし (C) の場合に原告の両勝ち、両負けがありうることから、現行法のもとにおける主観的予備的（順位的）併合の存在意義を根拠付ける論拠として十分に理由のあるものといえることができる。

最後に存在肯定説の論拠についてであるが、実はこれが最も重要といつてよい。同時審判の申出のある共同訴訟は上訴に関する規律として41条3項を設けているが、これはあくまで原告によって立てられた両方の請求がともに上訴された場合の手当てに過ぎないのであって、この制度は原告が立てた請求の一方のみが上訴された場合には、統一判断の保障がなくなることを前提にしているのである。これに対して、主観的予備的併合あるいは主観的順位的併合の場合には、この併合形態が一審で統一判断が図られるという限りにおいて意味のあるものであるとする見解を除けば、当然の補助参加の理論によるか、必要的共同訴訟とみるかは別としても、それらの方法で上訴審における統一判断を保障するのであり、この点に同時審判の申出のある共同訴訟との差異が生じる。もっとも、存在否定説は同時審判の申出のある共同訴訟において請求の一方のみが上訴された結

果、上訴審の結果次第で原告の両負け、両勝ちが生じるとしても、それは他方の請求を上訴しなかった者の責任であって不当ではないという。しかし、存在否定説のこのような理屈が必ずしも妥当しないことはすでに第一章で述べたところであり、この上訴の規律の違いは主観的予備的（順位的）併合の存在意義を根拠付ける十分な論拠となると考えられる。⁽¹⁴⁾

以上の検討の結果、私見としては上記 および の論拠から、同時審判の申出のある共同訴訟がおかれた現行民事訴訟法のもとでも主観的予備的（順位的）併合に独自の存在意義があると考ええる。

次に、同時審判の申出のある共同訴訟と主観的予備的（順位的）併合の違いを認め、主観的予備的（順位的）併合独自の利点に着目して存在肯定説に立つとしても、この併合形態をどの範囲で認めるべきであろうか。すなわち、両者のテリトリーを分けて制度のすみわけを図るべきか、あるいは両者の対象は同一範囲であると考ええるかということが問題となる。

ひとつの考え方として、41条1項は原告一人が複数の被告に法律上併存し得ない請求をそれぞれ求めていく場合のみを規定していることから、原告の主位的被告と予備的被告に対する2つの請求が事実上併存し得ないものに過ぎない場合や、原告二人がそれぞれ主位的原告、予備的原告となって、法律上併存し得ないそれぞれの請求を一人の被告にするという場合には同時審判の申出のある共同訴訟は使えないことになる。そこで、これらのような場合に主観的予備的（順位的）併合が適用されるべきであり、この限りにおいて主観的予備的（順位的）併合の存在意義があるとして両制度をすみわけることが考えられる。^{(15) (16)}

確かに「法律上併存し得ない関係」につき前章であげた文言基準説を採るなら、免責的債務引受などの場合は同時審判の申出のある共同訴訟の対象とはならないため、これらを事実上併存し得ない請求として主観的予備的（順位的）併合の対象とすることで両制度をすみわけて妥当な解決が図れるとも思える。しかしこの場合、主観的予備的（順位的）併合の対象となる「事実上併存し得ない関係」にあるとされるものの範囲が明確ではなく、免責的債務引受のようなケースのほか、前章であげた加害車両を運転していた者がCかDかのいずれかであるといったものまで含まれる可能性もあり、主観的予備的（順位的）併合の対象となる訴訟が無限に広がるおそれもある。

主観的予備的（順位的）併合は統一判断のために当事者の処分権の制約を内包する制度であることから、適用範囲をある程度限定する必要があるところ、事実上併存し得ない場合にまで対象を拡張させることは適用範囲を不明確にするくらいがあるため妥当ではなく、法律上併存し得ない場合にのみその適用範囲を限定すべきである。⁽¹⁷⁾したがって、主観的予備的（順位的）併合を同時審判の申出のある共同訴訟とすみわけさせるためにその適用範囲を事実上併存し得ない場合に拡張するというのは本末転倒であろうと思う。

また、主観的予備的（順位的）併合につき、この併合形態が一番で統一判断が図られるという限りにおいて意味のあるものであるとする見解を採るのであればともかく、上訴においても統一判断を図ろうとする見解に立つのであれば、原告一人が事実上併存し得ない請求を複数の被告に立てる場合や原告二人がそれぞれ主位的原告、予備的原告となって、法律上併存し得ないそれぞれの請求を一人の被告に求めるという場合には、主観的予備的（順位的）併合を利用することで原告の両負け、両勝ちが生じないが、原告一人が法律上併存し得ない択一関係にある請求を複数の被告に立てる場合には同時審判の申出のある共同訴訟のみしか使えない結果、上訴において原告に両負け、両勝ちの可能性が生じてしまうことになる。したがって、上記の考え方では、このような差異が生じてもやむを得ないとする合理的な説明ができない限り説得性に欠けるといわざるを得ない。

そうすると、同時審判の申出のある共同訴訟と主観的予備的（順位的）併合は「法律上併存し得ない関係」であることを要件としてその適用範囲をほぼ同じくする類似の制度と解するよりほかはないことになるであろう。⁽¹⁸⁾

ところがかように解すると今度は同時審判の申出のある共同訴訟という制度の存在意義が逆に問われることになる。つまり、原告一人が複数の被告に法律上併存し得ない請求をそれぞれ求めていく場合、同時審判の申出のある共同訴訟では申し立てた原告は上訴されることで両負けの可能性が生じるのに対し、主観的予備的（順位的）併合によれば⁴⁰条の準用などによってこれを防ぐことが可能であるため、原告としては主観的予備的（順位的）併合によるほうが無難ということになってしまい、⁽¹⁹⁾同時審判の申出のある共同訴訟の利用価値が失われてしまうことになるのである。

しかし、これはもうこの制度が本来的に抱える欠点というしかないのではなかろうか。41条創設の経緯をみても、当初、解釈しだいで上訴における統一判断を図ることのできる主観的予備的併合の法制化を審議していたが、法制化が難しいという結論に至るや今度は判断が区々になることを防ぐ制度を創設する必要があるということで同時審判の申出のある共同訴訟に落ち着けたというのであるから、主観的予備的併合と同時審判の申出のある共同訴訟とで前者のほうが有用性が高いのは当たり前なのである。⁽²⁰⁾したがって、主観的予備的（順位的）併合を肯定する立場に立つ限り、いわば妥協の産物として登場した同時審判の申出のある共同訴訟の存在価値が低いことになるのは必然的な帰結である。同制度の存在意義はせいぜい主観的予備的併合は学説や下級審ではともかく、最高裁では否定されている併合形態であることから、原告がこの併合形態により訴訟提起したとしても裁判所がこれを適法と認めてくれるかどうかはわからないのに対して、同時審判の申出のある共同訴訟は明文で規定されている制度であるから、原告が同時審判を申し立てた場合には裁判所はこれを確実に認めてくれるということくらいではないだろうか。⁽²¹⁾

なお、存在否定説の中には、事実上併存し得ない関係を主観的予備的（順位的）併合の対象とすることによって現行法のもとでの主観的予備的（順位的）併合の存在可能性を示唆する見解に対するものとして、同時審判の申出のある共同訴訟の対象を事実上併存し得ない場合にまで拡張しようという見解もあるが、⁽²²⁾事実上併存し得ないという場合にまで拡張するとこの制度の適用範囲が不明確になるという配慮からあえて「法律上併存し得ない」と規定し適用範囲を限定したという41条の立法経緯を考えると、同条の「法律上併存し得ない」という文言を「事実上併存し得ない」場合も含むと拡張解釈することには無理がある。⁽²³⁾

また、従来の主観的予備的（順位的）併合で蓄積された議論を同時審判の申出のある共同訴訟の中に取り込んでいくことで、同時審判の申出のある共同訴訟の存在意義を持たせるという考え方も一部では提唱されているが、⁽²⁴⁾同時審判の申出のある共同訴訟において請求の一方のみの上訴につき主観的予備的（順位的）併合の場合と同様、当然の補助参加の理論を用いるか必要的共同訴訟類似の取り扱いをするということになれば、一人の控訴によって一審裁判所が事件全体を控訴裁判所に移審させるため、各共同被告に係る控訴事件が同一の控訴裁判所に各別に係属するという事態は生じない。ところが41条3項は「各共同被告に係る控訴事件が同一の控訴裁判所に各別に係属する場合には」と規定しており、これを反対解釈すると、請求の一方のみが控訴され、その後他方の請求が控訴されない場合には控訴裁判所は控訴された請求のみを審理することを前提としていられると考えられる。つまり、41条3項は請求の一方のみが控訴された結果原告の両負け、両勝ちが生じてもこれを許容することを定め、一方のみの控訴の場合には統一判断の保障がないことを明示した規定であり、この規定がある限り、従来の主観的予備的（順位的）併合で蓄積された議論を同時審判の申出のある共同訴訟の中に取り込んだとしても主観的予備的（順位的）併合のように上訴における統一判断を図ることは困難であろう。この点をクリアできない限り上記見解を支持することはできない。

以上、同時審判の申出のある共同訴訟が創設された現行法のもとで主観的予備的（順位的）併合の必要性を検討してきたが、主観的予備的（順位的）併合の有用性、統一判断の実現可能性等を考慮すると、現行法のも

とにおいても主観的予備的（順位的）併合は独自の存在意義を有しており、その利用価値は同時審判の申出のある共同訴訟よりもむしろ高いとさえいえよう。結局のところ立法論ではあるが⁴¹条の規定そのものを見直し、主観的予備的（順位的）併合の持つ利点をカバーできるような新たな制度に改正しない限り、主観的予備的（順位的）併合の存在意義が失われることはないというのが現時点での私見である。^{(25) (26)}

3 まとめ

本稿は訴えの主観的予備的併合と同時審判の申出のある共同訴訟をめぐる諸問題について判例あるいは学説を検討しながら若干の未熟な私見を述べるという形で書いたものである。これらの問題はこれまで多くの著名な学識者、実務家が挑んできた難解なテーマであり、これを一法科大学院生である筆者が挑むということ自体身の程知らずの感があったのであるが、思い切って浅学な学生なりに考えるところを述べてみた。本稿を執筆するにあたって私が基本としたのはあくまで民事訴訟法は実体法上の紛争をできる限り合理的かつ矛盾なく解決するための手続上のルールであるということである。民事訴訟法には実体法とは別の民事訴訟法独自の理論があり、民事訴訟の手続面についてはあくまで民事訴訟法独自の理論によって規律されるべきであるという考え方が成り立ちうることを否定するつもりは毛頭ない。しかし、私は民事訴訟法の解釈は実体法の適用によって得られる結論に則して行すべきという視点から、主観的予備的併合と同時審判の申出のある共同訴訟という民事訴訟法上の制度についてできるだけ実体法と乖離しない結論に達するように解釈することを心がけてみた。

たとえば、私は主観的順位的併合説を支持しつつ、上訴の規律は必要的共同訴訟類似の取り扱いによって40条を準用し、請求の一方のみが上訴された場合にも上訴審における統一判断を図るという見解に立つが、これとは逆に処分権主義の観点から上訴されなかった請求については移審せず、結果的に原告が両負け、両勝ちしてもそれは自己責任であり問題にする余地がないとする考え方ももちろん成り立つところである。しかし、実体法が規定上で原告の両負けや両勝ちを予定していないという場合には、一旦請求が主観的順位的併合という形で民事訴訟手続にのった以上、当事者のいずれかが上訴しないという処分行為を行ったとしても、訴訟全体を移審させるべきであると考ええる。なぜなら、上記で述べたように民事訴訟法の解釈はできる限り実体法と乖離しないような形でなされるべきだからである。

このように、本稿のいたるところでかかる価値観に基づいた解釈によって私見が展開されているが、無論、可能な限り統一判断の必要性にこだわった見解ゆえ、批判があることはもとより承知の上である。

ただ、私としては法律を適用して私人間の紛争を解決する裁判所が実体法と乖離する結論に至るような裁判手続きを是としたのでは、国民の裁判所に対する信頼が揺らぎかねず、実体法との乖離を無視し、民事訴訟法独自の理論に拘泥してしまうことは慎まなければならないのではないかと思うのである。本文中にもあげたが、最高裁昭和48年7月20日が「本件は、訴訟の目的が原告、被告及び参加人の三者間において合一にのみ確定すべき場合であるから、一審判決中参加人の被告に対する請求を認容した部分は、原告のみの控訴によっても確定を遮断され、かつ、控訴審においては、被告の控訴または附帯控訴の有無にかかわらず、合一確定のため必要な限度で一審判決中前記部分を参加人に不利益に変更することができると解するのが相当である。」と判示したことは、実体法から論理的に導かれる結論に沿った合一確定の必要性の前では処分権主義を後退させることも是認されるということを最高裁自身が明らかにした証左であると評価できるのではなかろうか。

以上、いささか強引に自論を展開してきたが大方のご批判を賜ることが出来ればこの上ない幸せである。⁽²⁷⁾

- (1) 伊藤眞『民事訴訟法 第三版再訂版』[有斐閣] 586頁、高見進(「同時審判の申出がある共同訴訟」ジュリスト1098号36頁)、三木浩一(「多数当事者紛争の処理」ジュリスト1317号48頁)、遠藤・文字編『講説民事訴訟法 第三版』[不磨書房] 211頁(大内義三執筆部分)、谷口・竹下・吉村編『講義民事訴訟法』441頁、吉野正三郎『集中講義民事訴訟法 第三版 [新法対応版]』[成文堂] 354頁等。なお、田原睦夫「同時審判申出共同訴訟」滝井・田原・清水共編『論点 新民事訴訟法』[判例タイムズ社] 96頁は、実務上の必要性の減少から主観的予備的併合をめぐる議論は終焉に向かうとする。青山・伊藤ほか 研究会・「新民事訴訟法をめぐる」第5回 ジュリスト1107号113頁 柳田幸三発言、岡伸浩『民事訴訟法の基礎』[法学書院] 433頁もこれと同旨か。
- (2) 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法(下)』[有斐閣] 281頁以下、新堂幸司『新民事訴訟法 第三版補正版』[弘文堂] 724頁、上野・松本『民事訴訟法 第4版補正版』[弘文堂] 606頁、林屋・吉村『民事訴訟法入門 第2版補正版』[有斐閣] 253頁以下、高田裕成「同時審判の申出がある共同訴訟」青山・伊藤編『民事訴訟法の争点 第3版』[有斐閣] 99頁等。なお、鎌田・加藤ほか編『民事法 総則・物件』[日本評論社] 162頁(山本克己執筆部分)は現行民事訴訟法下でも主観的順位的併合を許容する余地があることを示唆しながらも、民訴法47条3項や40条の準用を認めることは通常共同訴訟を前提としている41条等の趣旨から考えて困難であるように思われると結論付けている。
- (3) 存在肯定説の立場からこの点を指摘するものとして、高橋・前掲書282頁、存在否定説から指摘するものとして、三木・前掲ジュリスト1317号48頁がある。
- (4) 三木・前掲ジュリスト1317号48頁。
- (5) ただし、2つの請求が法律上併存し得ない択一関係にある請求である以上、審理の過程で被告の一方から自白がされた場合には、裁判官としては他方の被告には責任がないだろうとの心証を抱くのが通常であろうから、このような事態が実際に生じる可能性は低いであろう。
- (6) 高橋・前掲書282頁。
- (7) 高橋・前掲書276頁、282頁。
- (8) なお、上訴における40条の準用の仕方についての私見は第一章の(注49)で述べた。
- (9) 高橋・前掲書276頁、282頁。
- (10) これに対して限定的準用説に立つ高橋教授は、上訴の関係では主観的順位的併合説の立場から統一判断の保障を図るべきとの見解を示している(高橋・前掲書272頁、276頁、282頁)。
- (11) 民集27巻7号863頁、判例タイムズ299号294頁等。
- (12) 高橋教授は限定的準用説に立ちながらも最高裁昭和48年7月20日の結論は支持されるようである(高橋・前掲書394頁)。
- (13) 伊東乾(「請求の主観的予備的併合の可否」判例時報124号判例評論第10号15頁)、中村修三「訴えの主観的予備的(または選択的)併合の適否」本井・中村編『民事実務ノート第2巻』106頁。
- (14) 第一章(注46)参照。原告は第一審で敗訴した方の請求について両負けを防ぐため念のために控訴しておけばよいとする存在否定説に対する高橋教授からの「敗訴被告が控訴してくるかどうか分からない以上、原告は念のために常に勝訴被告を控訴しておけ、結果として敗訴被告からの控訴がなく、原告が控訴を取下げれば手数料の半額は戻ってくる(民事訴訟費用等に関する法律9条3項1号)からよいではないかと説くのは訴訟法学説として筋が悪い」との批判(高橋・前掲書284頁)に対して高見教授は、原告は控訴期間満了前に敗訴被告に控訴の意向を確かめることが可能であり、敗訴被告から控訴しないとの回答を得た場合には原告は安心して勝訴被告を控訴しなければよいという。また、敗訴被告が控訴すると回答したため勝訴被告を控訴したところ、結局敗訴被告が控訴しなかったために原告の控訴が無駄になった場合には、印紙代その他出損した費用を原告は敗訴被告に対して損害賠償請求すればよいとする(高見進「同時審判の申出がある共同訴訟の取扱い」『新堂幸司先生古希祝賀 民事訴訟法理論の新たな構築 上巻』[有斐閣] 701、702頁)。しかし、前者の場合に、敗訴被告が最初は控訴するつもりがなかったため原告に控訴しないと回答したが、後に事情が変わって控訴するということもあるであろう。控訴しないという回答に法的な拘束力はないのであり、当初の回答を覆

したからといって控訴した敗訴被告を非難することなどできまい。また、後者の場合については、原告が控訴を断念した敗訴被告に対して損害賠償を請求するにしても、敗訴被告の控訴断念が違法行為とまでいえるのであろうか。上記の高見教授の見解には疑問の余地なしとできない。

- (15) 佐上善和『民事訴訟法 第2版』[法律文化社] 279頁は、事実関係が紛らわしい場合の救済方法として、同時審判の申出のある共同訴訟が規定された現行法のもとでもなお主観的予備的併合にそれなりの存在意義が認められるとしている。もっとも、同書は主観的予備的併合と同時審判の申出のある共同訴訟の完全なすみわけを念頭には置かず、同時審判の申出の認められる関係にあるとき、すなわち両請求が法律上併存し得ない場合に、なお原告が主観的予備的併合の形態を維持することも許されるとする。上原・池田・山本『Sシリーズ民事訴訟法 第4版』[有斐閣] 217頁も、取引の相手方が会社が代表取締役個人が不明というような原告が被告を特定しがたい場合には、主観的予備的併合を認める実益が少なくないとして新法下における主観的予備的併合の存在意義を認める。
- (16) 原告二人が一人の被告に対して法律上併存し得ない請求をそれぞれ立てていく場合について同時審判の申出のある共同訴訟が使えないと言い切れるかは議論の余地がある（(後注26) 参照）。仮にこの場合に同時審判に服させることが可能であるとし、なおかつ主観的予備的（順位的）併合の対象範囲を法律上併存し得ない請求に限定するとすれば、原告二人の場合や事実上併存し得ない請求の場合のみを主観的予備的（順位的）併合の存在意義肯定の理由とする見解は、その論拠を失うことになる。
- (17) もっとも、主観的予備的併合を認めた下級審判例には事実上併存し得ない関係に過ぎないと思われるものもあり、また、主観的予備的併合を肯定する学説の中にも事実上併存し得ない場合を主観的予備的併合の適用範囲に含めるものがあるようではあるが（たとえば、中村英郎『新民事訴訟法講義』[成文堂] 80頁等。三谷忠之『民事訴訟法講義 第2版』[成文堂] 226頁もこの見解に立つことを前提とするものか。）、やはりそれでは適用範囲が広がり過ぎるであろう。この点につき、高橋・前掲書279頁は、どのような場合が現れるか不明の事実上の択一関係に主観的予備的併合を拡張することはためらわれるとする。岡・前掲書426頁も主観的予備的併合の択一関係を法律上の択一関係に限定する。これに対し、高見・前掲新堂古希702頁は存在否定説の立場に立つものであるが、同時審判の申出のある共同訴訟の優位性を強調し、立法の経緯を考えれば同時審判の申出も許されないものはましてや主観的予備的併合も許されないと考えるのが率直であるとして、同時審判の申出のある共同訴訟の対象を法律上併存し得ない関係に限定するのなら、主観的予備的併合においても事実上併存し得ないものは対象から外されるべきとの見解に立つ。もっとも、高見教授自身は同時審判の申出のある共同訴訟は事実上併存し得ないものも対象にするとされるようであり（高見・前掲新堂古希703頁。なお、同書698頁の記述からみて高見教授は主観的予備的（順位的）併合についてもその適用範囲を事実上併存し得ない関係にまで広げる見解に立っていると思われる。）、上記高橋説に対し、事実上の択一関係にそれほど予想外のものがでてくとも思えず、かりに、予想外でいかにも適用を認めることがおかしい場合がでてくれば、事実上の択一関係であってもその場合には例外的に適用なしと解すればすむと批判する（高見・前掲新堂古希698頁）。しかし、このように解すると、いかにも適用を認めることがおかしい場合とそうでない場合との区別の基準があいまいになり、法的安定性を欠く可能性も出てこよう。また、41条の対象に事実上併存し得ないものも含めうるとする上記高見説に対しては伊藤教授から、法律上併存し得ない場合以外の場合に41条1項の規定を適用もしくは類推適用することは立法の意図からかなり離れてしまうとの批判がなされる（伊藤・加藤・山本『民事訴訟法の論争』[有斐閣] 251頁）。
- (18) もっとも、同時審判の申出のある共同訴訟が原告二人がそれぞれ主位的原告、予備的原告となって、法律上併存し得ないそれぞれの請求を一人の被告に求めるような場合には適用されないと解すると（ただし、この点につき（後注26）参照）、主観的予備的併合はそのような場合も対象に含まれるとされていることから、主観的予備的併合の方が同時審判の申出のある共同訴訟よりも適用場面は広いということになる。
- (19) 特に、前述したような被告からの控訴期限徒過直前の控訴を考えると、原告としては両負けのおそれのない主観的予備的（順位的）併合を選択するであろう。
- (20) 秋山・伊藤ほか著『コンメンタール民事訴訟法 第2版』416頁以下。

- (21) 青山ほか・前掲研究会ジュリスト1107号114頁 竹下守夫発言。また、中村・前掲書80頁は、同時審判の申出のある共同訴訟について、これまで主観的予備的併合で扱った問題を全てカバーできるものではなく、法律改正作業中、十分な議論もされないまま突然浮上した制度であり、このような制度を設けるのが適切であったか大いに疑問であるとしている。
- (22) 青山ほか・前掲研究会ジュリスト1107号111頁 竹下守夫発言、高見・前掲新堂古希703頁。また、上北武男「同時審判の申出がある共同訴訟の適用範囲に関する一試論」『白川和雄先生古希記念 民事紛争をめぐる法的諸問題』[信山社] 625頁は、法律上併存し得ない請求権と事実上併存し得ない請求権の区別は不明確であって、これらの区別が相対的なものであるとするならば、これまで主観的予備的併合として下級審で適法とされた多くの事例を同時審判の申出のある共同訴訟に取り込むことができ、そのような解釈が可能であるならば、同時審判の申出のある共同訴訟のほか主観的予備的併合を認める必要はほとんどないという。しかし、仮に主観的予備的併合の対象のほとんどを同時審判の申出のある共同訴訟の対象に取り込むことができるとしても、依然、上訴における統一判断の可能性の問題が残る、主観的予備的（順位的）併合の必要性を肯定する余地があると思われるのであるが、上北教授はこの点については触れておられない。
- (23) 青山ほか・前掲研究会ジュリスト1107号117頁 柳田幸三発言。中村・前掲書80頁は、41条1項の反対解釈として事実上併存し得ない関係にある場合は、同時審判の申出のある共同訴訟の対象にならないとする。
- (24) 中野・松浦ほか編『新民事訴訟法講義 第2版補訂版』[有斐閣] 531頁。なお、存在否定説に立つ高見・前掲新堂古希701、703頁は、主観的予備的併合を認めていた下級審判例も上訴への移審につきこれを認めたものがないことを理由に、主観的予備的（順位的）併合は上訴審での統一判断を必ずしも期待できない併合形態であることを前提とし、主観的予備的併合を認めた下級審判例の蓄積が価値を持ち続けるのは主観的予備的併合を認めることではなく主観的予備的併合を否定した最高裁判例があるという一事に安住せず、事実の実質に即した柔軟な扱いを模索した努力をみることができるといえる点であり、それらの裁判例の精神を同時審判の申出のある共同訴訟の解釈に活かすということが重要であるとする。しかしこれは考え次第であって、主観的予備的併合における上訴の移審について認めた下級審がないことを理由に、主観的予備的（順位的）併合における上訴審での統一判断の可能性を否定できるかについては疑問であるし、また、主観的予備的併合を認めた下級審判例の蓄積の価値は現行法のもとで主観的予備的併合を認めることそのものにあると解する余地がないとも思えない。
- (25) 山本教授は、当事者の一方のみの上訴により原告が両負けするという非常にマイナーな場合だけを根拠に主観的予備的併合という大がかりなものを残すということにあまり合理性はないとしつつも、そのような原告の両負けの可能性の存在が看過し難い問題であるならば、同時審判申出共同訴訟の枠内でそれを解決していくような方向性を解釈論あるいは立法論で模索していくべきとして、41条の改正による上訴での統一判断確保の道の可能性を示唆される（伊藤・加藤・山本・前掲書251頁）。三谷教授も矛盾のない解決を図るというのであれば、いったん原告が同時審判の申出をすると1人の上訴でもすべて移審する旨の規定を設けておくべきとする（三谷・前掲書226頁）。
- (26) 本文では触れなかった同時審判の申出のある共同訴訟にまつわる問題として、引受承継（50条、51条後段）と同時審判の申出のある共同訴訟の問題がある。義務承継人の引受承継について規定した50条は3項においてこの場合に41条1項及び3項の準用があることを規定し、権利承継人の引受承継を規定した51条は50条の準用があることを規定する。まず、50条のパターンとして考えられる典型例は、AのBに対する代金支払請求訴訟係属中にCがBの債務を免責的債務引受によって引き受けた事実がうかがわれたため、AがCの訴訟引受を裁判所に対して申し立てて、Cに対する代金支払請求を定立する場合である（ケース ）。この場合、AのBに対する請求とCに対する請求は免責的債務引受によって法律上併存し得ない請求となるため、41条が準用されることになる。一方のみの上訴による合一確定の問題は生じるものの、この場合に41条が準用されることそれ自体については一応理解はできる。ところが、このようなスタンダードなケースとは異なり、50条においては上記の場合においてAではなく被承継人たるBがCの引受申立を行うというケース（ケース ）が考えられる（引受申立権については、被承継人の相手方（ケース でいえばA）に限り認め、被承継人自身の引受申立権

は認めないとする否定説が多数説であるが（東京高裁昭和54年9月28日判例タイムズ406号124頁、兼子一『民事法研究 第一巻』[酒井書店] 139頁、三ヶ月章『法律学全集35 民事訴訟法』[有斐閣] 223頁、新堂幸司『新民事訴訟法 第三版補正版』[弘文堂] 785頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法（下）補訂版』[有斐閣] 447頁、吉村徳重（昭和55年度重要判例解説151頁）、上野・松本『民事訴訟法 第5版』[弘文堂] 708頁、中野・松浦・前掲書565頁等。）、最高裁はこれを肯定しており、学説上も肯定説が有力に主張されている（最高裁昭和52年3月18日金融法務事情837号34頁、田尾桃二「訴訟引受の一つの問題」判例タイムズ242号66頁、霜島甲一「当事者引込みの理論」判例タイムズ261号22頁、山本和彦「訴訟引受けについて」判例タイムズ1071号60頁以下、上田徹一郎（判例時報969号172頁（ただし限定的。）、伊藤・前掲書634頁、梅本吉彦『民事訴訟法 第三版』[信山社] 718頁等。）。このとき、誰の誰に対するいかなる請求が定立されるかについては引受承継における請求の定立方法について見解が分かれており、いずれの見解に立つかにより訴訟構造が異なることになる。ここでは各学説の細かい議論には立ち入らず（各学説については、中野貞一郎「訴訟承継と訴訟上の請求」判例タイムズ804号12頁以下および山本和彦「訴訟引受けについて」判例タイムズ1071号62頁以下参照。）、有力と思われる2つの見解によった場合のそれぞれの結論についてのみ述べると、請求共通説という見解によれば、引受が成立した後に当初の原告被告間の請求と同一の請求が承継人に対しても自動的に定立されたと擬制するという。したがってケース の場合、Bの引受申し立てが成立すると同時にAのCに対する代金支払請求が定立擬制されるため、AはBとCそれぞれに対して同一の代金支払請求をなしていることになり41条準用が容易に説明できることになる。これに対して請求提示説という見解によれば、引受申立人が承継人に対して何らかの請求を定立すべきであるという。しかし、この見解によった場合にはケース においてBがCに対していかなる内容の請求を定立するかは疑問である。とともに、仮にBがCに何らかの請求を定立しようとしてもその場合にはAのBに対する請求とBのCに対する請求が立つことになるだけであり、これが法律上併存し得ないものとして41条を準用させるだけの基礎を有するかについては議論の余地があるように思われる。次に51条後段のケース についてみると、ここでは、AのBに対する代金支払請求訴訟係属中にAがCに債権を譲渡した事実がうかがわれたため、BがCの訴訟引受を裁判所に対し申し立てるというケース（ケース ）と、AのBに対する代金支払請求訴訟係属中にAがCに債権を譲渡したとして、AがCの訴訟引受を裁判所に申し立てるというケース（ケース ）が想定しうる。請求共通説によると、ケース とケース のいずれの場合でも、引受成立と同時にCのBに対する代金支払請求が定立擬制されることになる。これに対し、請求提示説によればケース の場合にはBがCに対して債務不存在確認請求を定立することになる。ケース についてはAがCに対してなんらかの請求を定立することになるが、前述のケース と同様AのCに対する請求の内容がいかなるものとなるかについては疑問である。なお、中野教授は基本的に請求提示説に立ちつつも、ケース の場合につき請求共通説と同様CのBに対する代金支払請求の定立を擬制するという見解をとっておられる（中野貞一郎「訴訟承継と訴訟上の請求」判例タイムズ804号12頁）。いずれの見解を採用にせよケース とケース については、本来41条が想定する訴訟形態とは明らかに異なることになり（もっとも、請求提示説に立った場合のケース についてはAのCに対する何らかの請求が立つのであれば41条の想定範囲内となりうると思われる。）、それでもなお41条準用の基礎があるといえるのであろうか。甚だ疑問である（竹下教授も請求提示説に立つことを前提にケース について、41条の予定したシチュエーションと異なるとして51条後段による41条準用に疑問を呈する（青山・伊藤ほか 研究会・「新民事訴訟法をめぐって」第6回 ジュリスト1109号109頁、112頁 竹下守夫発言。もっとも、竹下教授はこの場合、50条3項による41条準用がありうるとする。）。これに対して、請求共通説、請求提示説のいずれに立つかを明らかにせずケース の場合についても41条の準用があるとするものとして、仲田哲「参加と承継」滝井・田原・清水共編『論点 新民事訴訟法』[判例タイムズ社] 86頁がある。）。そして、仮に上記の場合に41条準用が可能であるとするなら、ケース およびケース につき請求共通説をとった場合や、ケース で中野説をとった場合にはAとCからそれぞれ同一の請求がBに向けられてなされていることになり、これは、原告二人がそれぞれ法律上併存し得ない請求を一人の被告に対してなしている状況に他ならない。つまり、従来、主観的予備的（順位的）併合でのみ論じられていた原告二人による法律上併存し得ない請求のケース についても同時審判の申出のある共同訴訟が使えるということにな

るのではなからうか。このほか、引受承継については、参加承継（49条、51条前段）が47条、40条により合一確定の要請が強く働くのに対して、引受承継は41条準用によりあくまで通常共同訴訟としての扱いを受けるにとどまり、参加承継に比べて合一確定の要請が弱いことの合理性などの問題が指摘されており（高橋宏志『重点講義 民事訴訟法（下）補訂版』[有斐閣] 434頁、上野・松本『民事訴訟法 第5版』[弘文堂] 710頁、藤田広美『講義民事訴訟法』[東京大学出版会] 478頁）、制度設計にやや難があることは否定できないであろう。

(27) なお、本稿の内容には本研究科で民事訴訟法および要件事実論を御指導くださった並木茂教授の御意見に負う部分も多い。